

EXISTE URGENCIA EN FLEXIBILIZAR EL REGIMEN LEGAL DE SOCIEDADES ANONIMAS EN EL CASO DE SOCIEDADES “DE FAMILIA”

Daniel Roque Vítolo

Abstract

Una vez más debemos insistir en que resulta urgente y necesario regular dentro del régimen legal de las sociedades anónimas, sistemas flexibles para prevenir y permitir la solución de conflictos en las “sociedades de familia”. Entre ellos se sugieren: a) valuación de aportes en especie bajo el régimen del art. 150 de la ley 19.550; b) no admisión legal de títulos representativos de acciones que no sean nominativos no endosables o acciones escriturales; c) reglamentación del régimen de circulación de acciones bajo los sistemas previstos en los arts. 151, 153 y 154 de la ley 19.550; d) contemplar normas atinentes a la incorporación de herederos, resolución parcial del contrato y retiro voluntario de los socios para las sociedades anónimas cerradas o “de familia”; e) obligatoriedad de las comunicaciones de convocatorias a asamblea por medio de notificaciones personales a ser practicadas por medio fehaciente a los accionistas; f) admitir la distribución de dividendos provisionales o anticipados; g) establecer la responsabilidad de los directores vinculada exclusivamente a su actuación personal; j) permitir la oponibilidad de los pactos de sindicación de acciones a la sociedad con necesaria referencia a ellos en el estatuto; i) validez de las decisiones asamblearias tomadas por asambleas unánimes sin imponer el requisito de que la decisión sea tomada por unanimidad; y j) construir un sistema de valuación que reembolse al socio recedente un valor razonable y equitativo por las acciones de las que se desprende; entre otras.

1. La importancia de la pequeña y mediana empresa

No caben dudas de la importancia de las empresas familiares y cerradas, pequeñas y medianas. Resultan uno de los motores impulsores de la economía y del desarrollo en cualquier país del mundo; pero en especial en los países subdesarrollados y en los denominados emergentes, o en vías de desarrollo.

Tampoco puede negarse que, por diversos motivos de orden legal, económico y hasta sociológico, las pequeñas y medianas empresas suelen escoger como instrumento legal para su desenvolvimiento la estructura que la ley 19.550 ha concebido para las sociedades por acciones y, en especial, las sociedades anónimas, independientemente de que no resulte el más adecuado.

En conmemoración de un trabajo presentado en el V Congreso Societario en 1992, al que titulamos "Sociedades anónimas cerradas y empresa familiar" [*Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y V Congreso de Derecho Societario, Córdoba, 1992, T.I p. 479*], volvimos a replantear el tema hace tres años en ocasión de las XI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina [*Conflictos en sociedades cerradas y de familia, Ed. Ad Hoc 2004, p. 9*]. Hoy debemos insistir en el mismo sentido pues, a pesar del tiempo transcurrido y de haber transitado casi tres proyectos de reformas a la ley 19.550, el tema sigue teniendo la misma vigencia que entonces y no se han acercado por parte del legislador, aún, soluciones a los problemas planteados.

En Argentina, como en otros países latinoamericanos, las empresas cerradas y familiares constituyen más del 90% de las sociedades anónimas constituidas, aportan una parte sustancial del PBI, que llega a más del 50%, y emplean -en conjunto- la mayor cantidad de trabajadores hasta absorber casi el 70% del empleo útil.

Como bien ha sido señalado por los estudiosos de este fenómeno, a pesar de esta actuación tan relevante en el mercado, las propias características de la propiedad y gestión de la empresa familiar hacen que estas sociedades tengan elementos claramente diferenciados de las empresas no familiares. Obviamente -se ha dicho- no es lo mismo ser directivo de una empresa no familiar, habitualmente sin relaciones directas con los propietarios del capital social o los miembros del Directorio que ser directivo de la propia empresa familiar y miembro de la familia, unido con vínculos de sangre a los demás integrantes de la empresa.

Claro está que las ventajas comparativas que puede representar el hecho de este doble vínculo, empresarial y familiar, en la conformación de la estructura societaria presenta un igual número de desventajas basadas en la alta exposición al conflicto por parte de cada uno de los integrantes que se reflejan sobre la sociedad misma.

Y ello no puede ser de otra manera, en la medida en que se advierta que en las sociedades de familia y empresas familiares, coexisten tres sistemas de interrelación: a) la propiedad; b) la gestión; y c) la familia.

A su vez estos elementos pueden ser comunes a todos los integrantes de la familia o no. Es decir que puede ocurrir que no todos los propietarios resulten gestores o tengan responsabilidades en la conducción; o que se hayan incorporado a la gestión nuevos miembros de la familia -por ejemplo allegados políticos- que no tengan carácter de propietarios, pero sí de miembros devenidos "familiares", o que algunos miembros de la familia no tengan propiedad ni gestión en el establecimiento, pero influyan sobre él desde su posición familiar.

¿Cómo pueden compatibilizarse los intereses de modo de que esta situación no derive en un conflicto? Pues bien, ello no es sencillo y es parte de lo que deben estudiar las Ciencias de la Administración, la Psicología y el Counseling.

Sin embargo, no caben dudas que es ámbito de nuestra incumbencia lo relativo a la forma en la cual puede resolverse la controversia una vez producida o presentada la tensión y el conflicto en el seno de la sociedad que reviste el carácter de empresa familiar, desde el punto de vista de las herramientas del Derecho Societario.

Lo cierto es que, según lo señalan algunas informaciones estadísticas, sólo el 40% de las empresas familiares alcanzan la segunda generación y nada más que el 15% la tercera. El resto cierra voluntariamente, son declaradas en quiebra, o son vendidas; y muchas veces ello obedece a problemas familiares o a otros conflictos respecto de los cuales la familia no es ajena.

Los grandes problemas de las empresas familiares se pueden resumir en:

a) *Problemas vinculados a la continuidad del emprendimiento.* Debido a que habitualmente las empresas familiares tienen un claro fundador que suele ser dueño, director de la gestión y cabeza de la familia, la sucesión es muy compleja debido a los naturales temores a la muerte, pérdida de poder y de actividad laboral que, luego de décadas en la empresa, lo llevan a resistirse normalmente a la sucesión.

b) Problemas vinculados a la estructura organizativa del emprendimiento. En muchas empresas familiares, la estructura organizativa no ha evolucionado, manteniéndose igual que en sus inicios con los importantes problemas que se generan cuando el tamaño de la empresa ha aumentado y la estructura no ha sabido amoldarse a la nueva situación. Existe, por parte de los gestores tradicionales del negocio, una resistencia natural al cambio y a la adaptación a los nuevos tiempos.

c) Conflictos internos en el seno de la familia y con aquellos que no son miembros de la familia. Esto es un serio problema debido a que muchas veces suele no existir una clara distinción entre la empresa y la familia, heredando costumbres y normas familiares que se trasladan al entorno de la empresa. Esto provoca problemas tanto entre familiares como con los otros miembros que no integran la familia pero pertenecen directa o indirectamente a la empresa. Algunos casos típicos es la forma flexible y permisiva para el cumplimiento de funciones y responsabilidades, la ausencia de controles para el cumplimiento de horarios, retribución no alineada con el resto de integrantes de la empresa y fundada en razones ajenas a la entidad del trabajo que se presta; confusión entre "retribución" y "dividendo" o "ganancia"; entre muchas otras.

d) Bajo grado de profesionalización en la dirección del emprendimiento. El bajo grado de profesionalización en muchas empresas familiares hacen que se elija a los directivos entre los miembros de la familia por la posición de importancia relativa o de predicamento que éste pudiera tener en el ámbito familiar, independientemente de sus cualidades laborales o profesionales; lo que conlleva en muchas ocasiones a elecciones desacertadas y perjudiciales para el aspecto societario y de la empresa.

e) Pérdida de competitividad. Las propias características de la empresa familiar, con directivos familiares, tensiones internas, y falta de eficiencia, por la tolerancia "familiar" a las ineficacias, en muchas ocasiones no ayudan a la competitividad de la empresa familiar en un entorno cambiante y complejo.

Lamentablemente, y más allá de que estos problemas tiene su origen en circunstancias ajenas al ámbito societario estricto, la estructura legal y su falta de flexibilidad muchas veces se erige en un obstáculo para el saneamiento de la situación.

2. Nuestra propuesta

La búsqueda de soluciones a los conflictos, del modo que menos perjudique a la sociedad, puede encontrarse o facilitarse —desde nuestro punto de vista— con las modificaciones que se proponen en este trabajo.

Aunque las recomendaciones particulares serán distintas para cada caso y éstos requerirán un análisis individual, la experiencia demuestra que existen prácticas que sirven para facilitar el funcionamiento de la empresa familiar sin poner en peligro su continuidad, y que dichas prácticas pueden tener favorable acogida en el ámbito societario para regular las sociedades anónimas cerradas o “de familia”.

a. Valuación de aportes en especie bajo el régimen del art. 150 de la ley 19.550

El sentido de esta disposición tiende a que se flexibilice el sistema de valuación en la aportación, al mismo tiempo en que, como contrapartida, se le asigne a los accionistas responsabilidad solidaria e ilimitada frente a los terceros por la eventual sobrevaluación de los aportes en especie al tiempo de la constitución de la sociedad o como consecuencia del aumento del capital social, y por el término previsto en el artículos 51 de la ley 19.550.

b. Prohibición legal de emitir títulos representativos de acciones que no sean nominativos no endosables o acciones escriturales

Lo que se propone es que la restricción de que i) la emisión de títulos representativos de acciones sólo pueda hacerse bajo títulos nominativos no endosables y ii) que la sociedad sólo pueda apartarse de esta norma bajo acciones escriturales no representadas por títulos; se incorpore como parte de la estructura típica de sociedades anónimas cerradas o “de familia” en el texto de la ley 19.550.

c. Reglamentación del régimen de circulación de acciones bajo los sistemas previstos en los arts. 151, 153, 154 de la ley 19.550

Así, se propone la aplicación de las disposiciones de los arts. 153 y 151 de la ley 19.550 a las sociedades anónimas o “de familia”. De tal suerte, debería legislarse que el contrato de sociedad puede limitar la transmisibilidad de las acciones, pero no prohibirla y que resultan lícitas las cláusulas que requieran la conformidad mayoritaria o unánime de los socios o que confieran un derecho de preferencia a los socios o a la sociedad si ésta adquiere las acciones con utilidades o reservas disponibles o reduce su capital. La norma se complementaría con la exigencia de que, para la validez de estas cláusulas, el estatuto deba establecer los procedimientos a que se sujetará el otorgamiento de la conformidad o el ejercicio de la opción de compra, pero el plazo para notificar la decisión al accionista que se propone ceder no podrá exceder de treinta (30) días desde que éste comunicó al directorio el nombre del interesado y el precio. De igual modo resultaría interesante la aplicación a las sociedades anónimas cerradas o de familia la disposición contenida en el artículo 154 de la ley 19.550 para las sociedades de responsabilidad limitada en el sentido de que, cuando al tiempo de ejercitar el derecho de preferencia los socios o la sociedad impugnen el precio de las acciones, deberán expresar el que consideren ajustado a la realidad, y en caso de divergencia determinar el mismo por pericia judicial.

d. Contemplar normas atinentes a la incorporación de herederos, resolución parcial del contrato y retiro voluntario de los socios para las sociedades anónimas cerradas o “de familia”

Desde nuestro punto de vista, permitir la resolución parcial del contrato de sociedad, la conformación de nuevas causales para ello dejando incluso librada la posibilidad de incorporar en el estatuto causales no previstas legalmente, y en especial la no incorporación de los herederos en el supuesto de muerte del accionista, tiene especial relevancia en la solución de los conflictos que generalmente se presentan en estas sociedades cerradas o “de familia”.

e. Obligatoriedad de las comunicaciones de convocatorias a asamblea por medio de notificaciones personales a ser practicadas por medio fehaciente a los accionistas

Se propugna que en estos casos de sociedades cerradas “o de familia” la forma de notificar la convocatoria a asamblea sea la remisión de una notificación por medio fehaciente al domicilio que el accionista tenga inscripto en el libro de Registro de Acciones de la sociedad, en lugar del régimen de publicación de edictos que sí podría mantenerse para las sociedades que están autorizadas para hacer oferta pública de sus acciones o cotizar en bolsa.

f. Admitir la distribución de dividendos provisionales o anticipados

Desde nuestro punto de vista, debería extenderse a las sociedades cerradas o “de familia” la posibilidad cierta de distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales, al mismo tiempo que se mantenga la disposición de que en todos estos casos los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos son responsables ilimitada y solidariamente por las consecuencias que pudieran aparejar tales pagos y distribuciones.

g. Establecer la responsabilidad de los directores vinculada exclusivamente a su actuación personal

Desde nuestro punto de vista, el régimen de responsabilidad solidaria impuesto por el art. 274 no es adecuado para las sociedades cerradas o “de familia” en las cuales debería disponerse que la responsabilidad de los directores se vincula con su actuación individual. Esto permitiría que quienes se opongan a la decisión, y votan en contra de la misma, no queden alcanzados por la responsabilidad que decide asumir la mayoría, al mismo tiempo que no se les exija generar el conflicto interno en el seno de la sociedad al disparar las denuncias a la sindicatura, para el caso en que exista, o de iniciar necesariamente una acción judicial. No se omitiría, por cierto, la exigencia del deber de diligencia del director (art. 59) en cuanto a participar en las

reuniones de directorio e interiorizarse lo antes posible de lo ocurrido en aquellas en las cuales no ha participado.

Por ello para el caso de sociedades cerradas y de familia, se propone que la responsabilidad de los directores se vincule con su actuación individual, sin necesidad de tener que recurrir al tortuoso sistema de atribución de funciones e inscripción de las mismas y de los designados para cada una en el Registro Público de Comercio.

h. Permitir la oponibilidad de los pactos de sindicación de acciones a la sociedad con necesaria referencia a ellos en el estatuto

Posiblemente la más importante práctica para una sociedad de familia es dotarse de un "protocolo familiar" que regule internamente los aspectos sensibles además de ayudar a solucionar distintos problemas en la relación empresa-familia. El protocolo familiar debe tratar desde la sucesión hasta los órganos de gobierno, pasando por otros muchos aspectos como las políticas de remuneración a los familiares, el intercambio de acciones, las características exigibles para la entrada de los miembros de la familia y otros muchos.

i. Validez de las decisiones asamblearias tomadas por asambleas unánimes sin imponer requisito de que la decisión sea tomada por unanimidad

La única limitación que debería imponerse al régimen de asambleas unánimes, es que no podrá modificarse el orden del día previsto para la misma sin una decisión tomada por unanimidad; y ello ya está previsto en el artículo 246 que complementa el artículo 237.

j. Establecer valores equitativos de compensación para los casos de receso

Sostenemos y propugnamos que el valor de reembolso de las acciones correspondiente al socio recedente en las sociedades que no hacen oferta pública de sus acciones ni se encuentran autorizadas para cotizar en bolsa, deberá surgir de una valuación específica (ad hoc) que a tal efecto deberá practicarse por parte de experto en la

materia al momento de operar el receso, sobre la base de una valuación dinámica de empresa en marcha, conocida en el ámbito de la economía y las finanzas como “valuación intrínseca”. Asimismo también debe disponerse que el monto que arroje tal valuación deberá ser pagado por la sociedad al socio recedente dentro del plazo de seis meses, y que dicho valor deberá ser ajustado en excepción a las disposiciones de la ley 23.928, reformada por las leyes 25.561 y las sucesivas vinculadas a la emergencia económica (Dtos. 1269/2002 y 664/2003).